

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LA ADHESIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA AL CONVENIO DE ROMA: EL DICTAMEN 2/94

Yago Cuesta Cívís

Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. *Evolución histórica de la cuestión.*—2. *La admisión parcial de la solicitud de dictamen.*—3. *El problema de fondo: la eventual competencia de la CE en materia de derechos humanos.*—4. *Las posibles consecuencias jurídicas y políticas del dictamen.*—5. *A modo de conclusión: la inevitable pérdida de credibilidad, interna y externa, de la Comunidad como paladín de los derechos humanos.*

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CUESTIÓN



L 28 de marzo de 1996, en su dictamen 2/94¹, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea concluyó: «En el estado actual del Derecho Comunitario, la Comunidad no tiene competencia para adherirse al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales». Esta posición, defendida durante la tramitación por varios gobiernos —entre ellos el de Es-

¹ Dictamen 2/94 de 28 de marzo sobre «la Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales». Texto tomado del Rep. I-1996/3, pp. 1759-1790.

paña²—, remite el problema de la eventual adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos³ a la revisión del Tratado de la Unión Europea emprendida en virtud de su artículo N.

La Conferencia Intergubernamental tiene, por tanto, la siguiente palabra sobre cómo avanzar en una protección completa y eficaz de los derechos fundamentales en el ámbito de la Comunidad⁴. Pero mientras esa solución llega, cabe examinar críticamente el contenido de un dictamen que, tanto por lo que dice como por lo que calla, no parece destinado a zanjar la cuestión de la tan traída adhesión. Ciertamente, «no presagia (como ha dicho P. Wachsmann) un agotamiento del raudal de desarrollo sobre el tema»⁵.

En efecto, la adhesión de la Comunidad al Convenio ha dado lugar a una prolija y prolífera literatura en los últimos treinta años. Ciñéndonos al aspecto institucional, la cuestión se remonta al Memorándum que la Comisión Europea presentó en abril de 1979⁶ sugiriendo la adhesión formal de las Comunidades al sistema de protección de derechos fundamentales establecido en el seno del Consejo de Europa. Cabe recordar la excelente acogida que tal propuesta recibió por parte del mismo: Su Comité de Ministros «se felicitó»⁷; la Asamblea Parlamentaria subrayó la esperanza de que tal adhesión se produjese «en un futuro muy próximo»⁸, y ningún Estado miembro del Consejo de Europa, inclusive los terceros ajenos a las Comunidades, planteó entonces objeciones a la adhesión. En aquel momento el director de Derechos Humanos de

² Posición compartida por los gobiernos de Francia, Irlanda, Portugal y el Reino Unido en el sentido de que «...ni el Tratado CE ni el Tratado de la Unión Europea contienen disposición alguna que atribuya competencias específicas a la Comunidad en materia de derechos humanos y que pueda servir de base jurídica a la adhesión prevista» (punto 3 de la sección V de la Exposición de la solicitud).

³ Convenio firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950; en adelante: «el Convenio». Entró en vigor el 3 de septiembre de 1953.

⁴ En el *Informe Pintasilgo* «por una Europa de los Derechos Civiles y Sociales» presentado en Bruselas el 24 de abril de 1996 —V 2/GR D (96)— el Comité de Sabios se pronuncia en favor de distinguir dos etapas: Una primera, con inclusión de un pedestal de derechos civiles y sociales en el tratado reformado (precisando aquellos que se beneficiarían de una protección jurisdiccional inmediata y aquéllos de carácter más programático); y otra segunda, en la que se adjudicaría una lista completa de derechos y deberes tras un largo y participativo proceso de reflexión. Asimismo el informe propone la creación, en materia de derechos fundamentales, de una instancia de apelación *ad hoc* propia de la Unión Europea y compuesta por jueces provenientes de los más altos tribunales de los Estados miembros.

⁵ P. WACHSMANN, «L'avis 2/94 de la Cour de Justice relatif à adhésion de la Communauté Européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», *Revue Trimestielle de Droit Européen*, n.º 32 (3), juillet-septembre 1996, p. 467.

⁶ Memorándum de 4 de abril de 1979 sobre «la adhesión de las CCEE a la Convención Europea de Derechos Humanos», *Bulletin CE*, supplément 2/79.

⁷ Comunicado a la prensa de la 64 Sesión, 1979.

⁸ Resolución 745 (1981) de la Asamblea Parlamentaria.

la Organización sedente en Estrasburgo, el profesor Leuprecht, señaló que la adhesión era «especialmente deseable desde el punto de vista político»⁹. Retengamos esta afirmación sobre la que necesariamente habrá que volver al evaluar las consecuencias del dictamen desfavorable.

Durante once años permaneció la propuesta en el olvido. Ni la Comisión insistió en ella ni el Consejo de Ministros decidió abrir negociaciones con los órganos de Estrasburgo con vistas a la adhesión. Esta desidia provocaría las quejas del Parlamento Europeo en su Resolución de 22 de octubre de 1985 «sobre los Derechos Humanos en el mundo en 1984 y la política comunitaria en materia de Derechos Humanos»¹⁰.

«De esta despreocupada actitud de la Comisión (ha escrito el profesor Chueca) ...se desprende que en 1979 buscaba sobre todo un efecto político que influyese en la opinión pública, en los tribunales internos —superando las reticencias de éstos— y en los restantes órganos de la Comunidad»¹¹. Sin embargo, la iniciación fallida de 1979 no fue totalmente baldía, pues sirvió para evidenciar que la Comunidad no se hallaba obligada por el Convenio, descartando así la tesis (sostenida por parte de la doctrina en los 70) de la sucesión de las Comunidades en las obligaciones, al menos materiales, asumidas con respecto al Convenio por los Estados miembros.

Por fin, en 1990, la Comisión volvió a abogar ante el Consejo en pro de la adhesión, por medio de su comunicación de 19 de noviembre, adjuntando —con fecha de 26 de octubre de 1993— un documento de trabajo¹². En virtud de dicha comunicación solicita la Comisión al Consejo autorización para abrir negociaciones con la Organización de Estrasburgo. Pero todavía sería necesario un nuevo y enérgico pronunciamiento del Parlamento Europeo, mediante su Resolución de 18 de enero de 1994¹³, para que el Consejo de Ministros se decidiera a dar un paso, siquiera lento y corto: pedir, haciendo uso del art. 228.6 del Tratado Constitutivo de la CE, un dictamen del Tribunal de Justicia¹⁴. De este modo, no pudiendo alcanzarse la unanimidad en su seno, el Consejo remite la cuestión al Tribunal para que sea un órgano jurisdiccional quien resuelva so-

⁹ Citado por H. G. Schermers en «The European Communities bound by Fundamental Human Rights», *Common Market Law Review*, vol. 27, núm. 2, 1990, p. 256, cita 14.

¹⁰ DOCE núm. 343, pp. 29-42.

¹¹ A. G. CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Bosch, Casa Editorial S. A., Barcelona, 1989, p. 374.

¹² Véase el documento de trabajo en DOCE núm. 3, 0022/93; y la comunicación en Doc. SEC (90) 2087 final.

¹³ DOCE núm. C 44, de 14 de febrero de 1994, pp. 32-44.

¹⁴ DOCE núm. C 174, de 25 de junio de 1994, p. 8.

bre un tema en el que los componentes políticos pesaban tanto como los estrictamente jurídicos.

2. LA ADMISIÓN PARCIAL DE LA SOLICITUD DE DICTAMEN

Frente a las voces, particularmente las de los gobiernos del Reino Unido y de Irlanda, que sostenían el carácter prematuro de la solicitud y consiguiente necesidad de inadmitirla a trámite en su integridad¹⁵, el Tribunal de Justicia confirma en su dictamen cuáles son los dos únicos (y evidentes) límites temporales que afectan a la pertinencia del procedimiento consultivo:

El *dies ad quem* es cualquier momento inmediatamente anterior a la celebración del eventual tratado. En efecto, nos encontramos ante un procedimiento «excepcional» de «colaboración entre el Tribunal de Justicia, por una parte, y las demás Instituciones Comunitarias y los Estados miembros, por otra (...) para que se verifique, antes de la conclusión del acuerdo, si éste es compatible con el Tratado (de Unión Europea)»¹⁶.

En cuanto al *dies a quo*, entiende el Tribunal, conforme a ese espíritu de colaboración y en aras del «efecto útil» del precepto, que puede ser llamado a pronunciarse a título consultivo a partir de cualquier momento, incluso (como es el caso) anterior a la apertura formal de negociaciones o a la decisión misma de abrirlas. La única condición es que le sea posible conocer, con un grado de certidumbre suficiente, el contenido del acuerdo «previsto». Por ello distingue dos «petita» en la presente solicitud de dictamen, a saber: la competencia o no de la Comunidad para adherirse a un convenio que versa sobre derechos humanos (principalmente sobre derechos civiles y políticos); y, en caso de resolverse afirmativamente la primera cuestión, la compatibilidad de las concretas disposiciones de ese convenio con el contenido del Tratado de la Unión Europea.

2.1 La competencia de la Comunidad para adherirse

El Tribunal cree estar en condiciones de poder zanjar esta cuestión, toda vez que «... con independencia de las modalidades de adhesión (...) *el objeto*

¹⁵ Así en el punto 1 de la sección IV de la Exposición de solicitud: «Según el gobierno del Reino Unido, no existe ningún acuerdo “previsto” en el sentido del apartado 6 del art. 228 del Tratado. A su juicio, sólo se puede recabar el dictamen del Tribunal de Justicia una vez negociado en detalle el proyecto de acuerdo».

¹⁶ Fundamento Jurídico 6 y 6 del Dictamen.

*general de dicho Convenio, la materia que regula y el alcance institucional de dicha adhesión para la Comunidad son perfectamente conocidos»*¹⁷. Además, saber si la Comunidad tiene o no título competencial bastante para negociar un acuerdo sobre esa materia es un extremo cuya resolución desde el primer momento interesa no sólo a las Instituciones Comunitarias (especialmente al Consejo, cuyo interés el Tribunal presume) sino también a los países terceros, miembros del Consejo de Europa. Subyacen, bajo esta argumentación, sensatas razones de economía de tiempo, esfuerzos y dinero, acordes con la obligación de buena fe *in contrahendo* que atañe a las partes inmersas en la negociación de un tratado internacional.

En definitiva, se trata de hacer bueno el refrán de que «más vale prevenir que curar». «Prevención (como subraya Wachsmann) de litigios sobre la validez de los acuerdos concluidos por la Comunidad»¹⁸.

2.2 La compatibilidad de las disposiciones del «acuerdo previsto» con el Tratado de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia considera, sin embargo, no haber alcanzado el conocimiento de causa preciso para resolver, en un estadio tan primigenio y con perfiles tan hipotéticos, esta segunda cuestión. Estima carecer de la información imprescindible sobre en qué manera y medida concretas va la Comunidad a adherirse al Convenio y, especialmente, de qué modo proyecta someterse a los mecanismos actuales y futuros de control jurisdiccional sedentes en Estrasburgo. Ciertamente, son numerosos e importantes los interrogantes existentes a este respecto, y diversas las soluciones sugeridas. A título simplemente enunciativo, baste con indicar los siguientes extremos:

1.º Según el artículo 66.1.º del Convenio la firma del mismo queda abierta sólo a los «miembros del Consejo de Europa»: ¿Deberá reformarse, entonces, el art. 4 del Estatuto de Londres para permitir a la Comunidad acceder a la condición de miembro? ¿O se modificará el 66.1.º del Convenio en el sentido de admitir como parte signataria a quien no es, obviamente, un Estado ni pertenece al Consejo de Europa? En ambos casos, ¿cómo salvar las referencias que los artículos 63 y 64 del Convenio (y 2 de los Protocolos Adicionales I y IV) hacen expresamente a los «Estados»?

¹⁷ Fundamento Jurídico 12 del Dictamen.

¹⁸ P. WACHSMANN, *op. cit.*, p. 471.

2.º Dado que las hipotéticas competencias de la Comunidad en materia de derechos humanos serían —en todo caso— limitadas, habría que circunscribir la adhesión a aquel ámbito material que no estuviera *ultra vires* de la Comunidad; y reservar (en virtud del art. 64.1.º del Convenio) un buen número de preceptos tales como: los artículos 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de tortura y de tratos y penas crueles o degradantes), 4 (interdicción de la esclavitud y servidumbre) y 5 (libertad y seguridad personales) del Convenio, así como algunos otros contenidos en los Protocolos Adicionales IV, VI y VII²⁰.

3.º El acuerdo de adhesión debería reservar la posibilidad de entablar demandas *inter partes* (art. 24 del Convenio) de la Comunidad contra sus Estados miembros —y viceversa— amparándose en que el artículo 219 del Tratado Constitutivo de la CE representa un «compromiso especial entre las partes» a los efectos del artículo 62 del Convenio²¹.

4.º En caso de prosperar la adhesión, ¿cómo afrontar el hecho de que el Convenio, en la medida en que se viera afectado el Derecho comunitario, pasaría a disfrutar de eficacia directa en aquellos ordenamientos internos donde aparentemente no la tiene —Reino Unido, Irlanda y Dinamarca—?

5.º Habría que considerar, asimismo, las dificultades de encaje institucional en los órganos de Estrasburgo dado que los artículos 20 y 38 del Convenio prohíben en la actualidad la presencia en la Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos de más de un nacional de cada Estado parte. Además, en su Dictamen 1/91 el Tribunal de Justicia rechazó la posibilidad de que sus propios jueces se integraran en otro órgano jurisdiccional²².

6.º Existe, por otra parte, el riesgo —reseñado por el gobierno del Reino Unido— de discordancias entre las obligaciones respecto del Convenio asumidas por los diversos Estados miembros y por la Comunidad, en razón de las reservas formuladas por los primeros en el momento de la ratificación y de sus facultades de adoptar «en todo momento»²³ medidas derogatorias de ciertas disposiciones convencionales.

²⁰ Sobre este tema, véase A. G. CHUECA SANCHO, *op. cit.*, pp. 347-351.

²¹ Posición sostenida por el Consejo en la Exposición de solicitud; punto 4 de la sección I.

²² Dictamen 1/19 de 14 de diciembre relativo a la creación del «Espacio Económico Europeo»; Rep. I-1992, p. 6079. A juicio de P. WACHSMANN (en *op. cit.*, p. 247), con esta prohibición se trata de evitar los riesgos de «esquizofrenia jurídica» inherentes a la doble pertenencia.

²³ Argumento expresado en el punto 1, sección IV, de la Solicitud del dictamen. Sorprende que el gobierno británico no utilice una expresión más ajustada a la letra del art. 15 del Convenio, y más acorde con las condiciones formales (de proclamación y notificación) y sustantivas (principios de proporcionalidad, no discriminación y consistencia) que limitan esa facultad derogatoria.

7.º Por último, ¿cómo asegurar que —en todo caso— el Tribunal comunitario conservará intacto su monopolio jurisdiccional sobre la capital cuestión del reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros? Con base en el artículo 164 del Tratado de la CE, es éste un límite infranqueable a toda eventual adhesión. Abandonar esa función en manos de cualquier jurisdicción distinta, «atentaría (ha dicho el propio Tribunal) contra el orden de competencias definido por los tratados y, por tanto, contra la autonomía del sistema jurídico comunitario»²⁴. Al reconocerse la competencia de la Comisión y del Tribunal sedentes en Estrasburgo para los supuestos de demandas individuales, ¿no podrían tales órganos perturbar indirectamente ese reparto competencial por la vía de determinar la persona (Comunidad o Estados miembros) responsable de la violación alegada en cada caso? Varias son las soluciones propuestas sobre este espinoso asunto: desde articular un mecanismo de cuestión prejudicial que Estrasburgo remitiría al Tribunal de Justicia (sometiéndose al criterio de éste), hasta establecer un dispositivo similar al del artículo 6 del anexo IX de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; es decir, respetar *in limini litis* la iniciativa de la Comunidad y de los Estados miembros concernidos en la determinación de quién debería ser el demandado y —en defecto de tal acuerdo— prever su responsabilidad conjunta y solidaria²⁵. Sin embargo, una solución así quizás no conjurara totalmente la amenaza de pérdida por parte del Tribunal de Justicia de su poder de decisión última en orden a la distribución de competencias. Agudamente señala el gobierno portugués en sus alegaciones escritas anejas al Dictamen como «... para determinar si se han agotado los recursos internos (ex art. 26 del Convenio), el Tribunal Europeo de Derechos humanos podría incluso pronunciarse sobre la competencia del Tribunal de Justicia (...) decidir si el particular habría podido presentar recurso de anulación contra el acto comunitario por hallarse directa e individualmente afectado por este último»²⁶. Por esta vía también podrían venir, pues, interferencias de parte de Estrasburgo.

En resumen, nos encontramos con abundantes e importantes obstáculos, tanto materiales como institucionales, de cara a la adhesión. Obstáculos que muy posiblemente sólo podrían ser salvados en el marco de la negociación y firma de un completo Protocolo *ad hoc* entre el Consejo de Europa y la Co-

²⁴ Dictamen 1/91 de 14 de diciembre sobre el «Proyecto de Acuerdo Constitutivo del Espacio Económico Europeo» (citado *supra*).

²⁵ Posibilidad sugerida por el gobierno belga en el punto 1, sección VI, de la Solicitud de dictamen.

²⁶ Punto 2, sección VI, de la Solicitud de dictamen.

munidad²⁷. A fin de cuentas no debe olvidarse, como subraya el profesor Chueca, que el sistema de protección del Convenio «ha sido creado por y para los Estados»²⁸.

Ante tantos interrogantes sin respuesta clara y unívoca, cabe admitir que «... el Tribunal de Justicia no se encuentra (encontraba) en condiciones de emitir un dictamen sobre la compatibilidad de la adhesión al Convenio con las normas del Tratado»²⁹; en especial, como él mismo pone de relieve, de su compatibilidad con los artículos 164 y 219 que le garantizan, en última instancia, un monopolio jurisdiccional en la interpretación y aplicación de dicho Tratado. La prudencia y el rigor lógico aconsejaban al juez comunitario a no ir más allá, dictaminando sobre la «constitucionalidad» o «inconstitucionalidad» de fórmulas hipotéticas no concretadas en ningún proyecto de articulado. Pero al adoptar, frente a la compleja labor de encaje de la Comunidad en el sistema del consejo de Europa, una posición tan pasiva, rehusando proporcionar indicaciones útiles sobre las posibles soluciones, el Tribunal estaría haciendo interminable el proceso negociador³⁰.

3. EL PROBLEMA DE FONDO: LA EVENTUAL COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

3.1 La posible base jurídica para la adhesión: el artículo 235

Dado que el artículo 3.B del Tratado de la CE establece un sistema de competencias por atribución y que ninguna disposición de los Tratados Constitutivos de las Comunidades confiere a éstas competencia general en el ámbito de los derechos humanos³¹, pocas son las bases sobre las que fundar la adhesión.

²⁷ Idea defendida, entre otros, por J. PIPKORN, «La Communauté Européenne et la Convention Européenne des droits de l'Homme», *Revue Trimestrelle des Droits de l'Homme*, 1993, pp. 221-241 (en especial, p. 236).

²⁸ A. G. CHUECA SANCHEZ, *op. cit.*, p. 339.

²⁹ Fundamento Jurídico 22 del Dictamen.

³⁰ La profesora C. ESCOBAR HERNÁNDEZ ha cuestionado recientemente que, a la vista de su propia jurisprudencia y de los documentos aportados por los Estados miembros y por las Instituciones Comunitarias, el Tribunal careciera, efectivamente, de un conocimiento real suficiente para pronunciarse sobre el extremo de la compatibilidad. Véase «Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿el fin de una vieja polémica?», *RJE*, vol. 23, núm. 3, septiembre-diciembre 1996, pp. 817-838.

³¹ Esa competencia general ha sido negada por el Tribunal, tanto en lo relativo a su dimensión interna como externa, al afirmar en su Dictamen que «Ninguna disposición del Tratado confiere a las Ins-

Se ha hablado de la existencia de un «poder transversal» u «horizontal» que, continente del respeto por los derechos fundamentales, formaría parte del ejercicio de todas las potestades de la Comunidad. Tal ha sido la posición del gobierno austriaco, para quien: «La garantía de los derechos protegidos por el Convenio se efectúa con base en la competencia en que se funda (la intervención comunitaria) en cada ámbito concreto»³². Dicho de otro modo, no es necesario un título competencial específico en materia de derechos humanos porque, siendo la Comunidad una «Comunidad de Derecho», lógicamente todas las competencias cedidas por los Estados a la CE se entienden conferidas con la limitación derivada del insoslayable respeto por los derechos fundamentales. «Se trata (como observa el profesor Wachsmann) de imponer a toda competencia ejercida por la Comunidad el respeto por los valores que el liberalismo político quiere oponer a las manifestaciones del poder público, cualquiera que sea su origen —autoridad estatal, infraestatal o (como en el caso) supraestatal»³³.

Pero es sin duda el artículo 235 del Tratado de la CE la base jurídica más firme sobre la que asentar una eventual adhesión. A su tenor: «Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta del Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes.»

Partiendo de que, ex artículos B.3.º y F.2.º del TUE, el respeto de los derechos fundamentales puede considerarse uno de los objetivos de la Unión Europea³⁴, cabría sostener que la adhesión de la Comunidad al Convenio, con sometimiento a la jurisdicción de los órganos de Estrasburgo, supone, en efecto, una «acción necesaria», susceptible de ser adoptada por unanimidad por el Consejo de Ministros. Éste fue el criterio defendido por la mayoría de gobiernos en sus alegaciones y recogido también por el Parlamento Europeo en su Resolución de 18 de enero de 1994³⁵.

tuciones Comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito) (Fundamento Jurídico 27).

³² Punto 1, sección V, de la Exposición de solicitud.

³³ P. WACHSMANN, *op. cit.*, p. 481. Este mismo autor ha sugerido la posibilidad de amparar la adhesión bajo el paraguas de los «poderes implícitos» de la Comunidad tomados en su versión más progresiva, es decir: estableciendo la relación de «fin a poder» y no sólo de «poder a poder» (véase *op. cit.*, p. 483).

³⁴ Si bien es cierto que entre los objetivos expresos de la Comunidad (arts. 2, 3 y 3.A del TCE) no aparecen enumerados los derechos humanos.

³⁵ Véanse las alegaciones formuladas por la Comisión Europea y por los gobiernos de Bélgica, Dinamarca, RFA, Grecia, Italia, Finlandia, Suecia y Austria —este último con carácter subsidiario— (pun-

Sorprendentemente el Tribunal de Justicia no entrará a resolver esta capital cuestión: Nada dirá sobre si el respeto de los derechos humanos constituye o no, en el estado actual del Derecho comunitario, un objetivo de la Comunidad. Apartando la vista de la letra del precepto, preferirá atender a un elemento en principio extraño a ella: la envergadura del impacto que tal adhesión provocaría dentro del entramado institucional comunitario. El giro resulta paradójico pues, procediendo así, el Tribunal se contradice con su decisión inmediatamente anterior de no admitir, por prematura, la solicitud de dictamen en lo tocante a las cuestiones de fondo. O sea: primero se dice desprovisto de información suficiente para pronunciarse sobre la compatibilidad de las disposiciones del Convenio con el TUE para, acto seguido, emitir un dictamen desfavorable argumentando que «el artículo 235 no puede servir de fundamento para la adopción de disposiciones que, en definitiva, tuviesen por resultado una modificación del Tratado efectuada sin respetar el procedimiento de modificación previsto en el mismo»³⁶. Resulta evidente que a esta convicción sobre la existencia de «disposiciones potencialmente modificativas del Tratado» el Tribunal sólo ha podido llegar tras examinar —tácitamente— extremos tocantes a la compatibilidad. Luego no es congruente con su propio razonamiento³⁷.

3.2 Entonces, ¿constituye el respeto de los derechos fundamentales uno de los objetivos de la Comunidad?

El Tribunal de Justicia, el mismo tribunal que levantó un sistema de protección pretoriana de los derechos fundamentales en el seno de las Comunidades sobre la base de que éstos están comprendidos «... en los Principios Generales del Derecho Comunitario cuyo respeto el Tribunal asegura»³⁸, omite pronunciarse explícitamente sobre si nos hallamos o no ante uno de los objetivos comunitarios. Sin embargo, este silencio no puede ser en ningún caso in-

to 2, sección V). Asimismo, en el punto 8 de su Resolución el Parlamento estimó que «los arts. 235 CE, 203 CEEA y 95 CECA son los fundamentos jurídicos adecuados para la adhesión al Convenio...».

³⁶ Fundamento Jurídico 30 del Dictamen.

³⁷ Esa misma incongruencia es señalada por C. ESCOBAR HERNÁNDEZ en *op. cit.*, p. 834, al subrayar: «La artificialidad que, en este caso concreto, tiene la distinción radical entre “competencia” y “compatibilidad” ya que, aunque ambas cuestiones se separan a efectos de la admisibilidad, con posterioridad se entremezclan (...) para fundamentar el pronunciamiento del TJCE sobre el fondo de la consulta».

³⁸ Esta fórmula aparece por primera vez en la sentencia de 12 de noviembre de 1969 dictada en el caso STAUDER; causa 26/69, Rec. 1969, p. 425. En el mismo sentido, véase el Fundamento Jurídico 33 del Dictamen.

terpretado como negación. Más bien puede y debe entenderse que, por extraño que parezca, el Tribunal de Luxemburgo sí está admitiendo entre líneas esa posibilidad.

En primer lugar porque de no haber estimado que los derechos fundamentales constituyen, en el momento actual, un objetivo de la Comunidad, le bastaba con haber excluido desde el principio la aplicabilidad al caso del artículo 235, sin necesidad de enumerar —hasta dos veces en el mismo dictamen— el elenco de actos acreditativos de la importancia concedida a los derechos humanos en el ámbito de la Comunidad³⁹. Eliminada de plano la aplicabilidad del precepto, resultaría superfluo acudir al criterio del «cambio sustancial» o «modificación de envergadura constitucional» que sobrepasaría, por su naturaleza, «los límites del art. 235»⁴⁰.

Además, ¿cómo sostener una concepción tan restrictiva y arcaizante de la Comunidad que siguiese viendo en ella una estructura esencialmente (¡exclusivamente!) económica, nada más que un mercado común? ¿Cómo obviar toda la dinámica generada desde la Declaración común de 5 de abril de 1977⁴¹ en la dirección de situar al individuo y a sus derechos fundamentales como nuevo eje de una fase más ambiciosa de la integración europea? En tal sentido, la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994 no deja lugar a dudas: «La construcción de la Unión Europea no se limita ya a promover el progreso económico de los Estados miembros (...) el individuo ha de ser considerado como principal beneficiario de los esfuerzos de la integración europea»⁴².

Por otra parte, no parece aceptable relegar al artículo F.2.º, contenido en una parte dispositiva (que no preambular) del TUE, al limbo de la pura retórica, sin sustancia ni eficacia jurídica algunas. Puesto que se habla de que «la Unión respetará los derechos fundamentales», justo es entender que se establece un deber jurídico para los Estados miembros y las Instituciones Comunitarias⁴³ — en virtud del «marco institucional único» previsto en el artículo C.1.º del TUE—, aunque la fiscalización de su cumplimiento haya sido

³⁹ Así, el Fundamento Jurídico 32 hace referencia al preámbulo del Acta Única Europea y al del TUE; también a los arts. F.2.º, J.1-2.º y K.2-1.º de este último; y al art. 130.U.2.º del TCE. Además en el Fundamento 6 se contiene una relación de diversas declaraciones de las Instituciones Comunitarias relativas a los derechos humanos.

⁴⁰ Fundamento Jurídico 35 del Dictamen.

⁴¹ Declaración común del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre los derechos fundamentales; *DOCE* núm. C 168 de 27 de abril de 1977, p. 1.

⁴² Punto B de la Resolución.

⁴³ Partiendo de la versión francesa del Tratado, J. PIPKORN ha subrayado como «en lenguaje jurídico el recurso al presente instituye obligaciones jurídicas estrictas» (*op. cit.*, p. 230).

sustraída de la competencia del Tribunal de Justicia (ex art. L del TUE). Si, ineficaz para atribuir a la Comunidad una competencia general sobre la materia, el artículo F.2.º no sirve ni para fundamentar que el respeto de los derechos humanos constituye hoy un objetivo (al menos transversal) de toda la acción de la Unión, ¿para qué sirve entonces?, ¿qué importancia cualitativa tiene el que se halle inserto o no en el Tratado?, ¿cuál es su efecto útil?

Pero si concluimos que el reconocimiento y protección de los derechos humanos sí constituye uno de los objetivos de la Comunidad, como parece conceder implícitamente el propio Tribunal de Justicia al calificarlo de «requisito para la legalidad de los actos comunitarios»⁴⁴, entonces: ¿Cuál es la utilidad del artículo 235 si su viabilidad queda subordinada a la libre apreciación judicial, difícilmente objetivable, de lo que en cada caso sea «una modificación de envergadura constitucional»? No puede entenderse con facilidad el sentido de unos fines para cuya consecución ni los Tratados prevén poder alguno en favor de la Comunidad ni el artículo 235 habilita a llevar a cabo acciones. Como ha dicho Wachsmann, estos objetivos sin competencias hacen pensar en «las danzas sin danzarines» evocadas por el poeta P. Valéry⁴⁵.

3.3 La actitud latente en el juez comunitario

Ciertamente, tanto del texto del Dictamen como de las circunstancias concretas en que fue emitido se desprende cuál fue la actitud que imperó entre los jueces comunitarios al abordar el tema de la adhesión. Actitud —comprensible y confesable— que puede resumirse en dos elementos, en gran parte caras de la misma moneda: preservación de su poder y desconfianza frente a una jurisdicción extraña a la que se considera inmersa en una cierta crisis (aunque sólo sea en el sentido etimológico de «cambio»).

Respecto al primero de los elementos no hay duda de que, al interpretar el artículo 235 desde el criterio cuantitativo (y no exento de arbitrio) de la «envergadura institucional», el Tribunal se muestra celoso de su actual monopolio jurisdiccional de última instancia en todos los ámbitos del Derecho comunitario, sin hacer excepción de uno tan específico y extremadamente delicado

⁴⁴ Fundamento Jurídico 34 del Dictamen.

⁴⁵ P. WACHSMANN, *op. cit.*, p. 481. Este autor se pregunta además si, aplicando ese mismo criterio restrictivo, algunas de las interpretaciones más dinámicas hechas por el Consejo del art. 235 (v.g. los primeros actos de la Comunidad en política social o del medio ambiente) habrían parecido conformes a Derecho a los ojos del Tribunal.

como es el de los derechos fundamentales. Una cosa es admitir el Convenio como fuente de inspiración —aunque se diga «privilegiada»⁴⁶— de unos *Principios Generales* que lo son del *Derecho comunitario*⁴⁷ (y que son construidos autónomamente desde Luxemburgo); y otra aceptar, por efecto de la adhesión, la integración completa de las disposiciones del Convenio de Roma en el ordenamiento jurídico comunitario. Debe recordarse que hasta la fecha el Tribunal de Justicia sólo se ha declarado «obligado» a respetar las «tradiciones constitucionales comunes» a los Estados miembros; y, aún en ese caso, reservándose no sólo la elección entre las diferentes soluciones ofrecidas por los Derechos nacionales, sino incluso la posibilidad de eliminar aquellos principios comunes incompatibles con los «fines» y las «características estructurales» de la Comunidad. Por lo que a los *instrumentos internacionales* se refiere —entre ellos el Convenio— el Tribunal viene considerándolos una fuente de inspiración menor, que aporta meras «indicaciones» que «conviene» tener en cuenta en el marco (siempre) del Derecho comunitario⁴⁸.

Del mismo modo, una cosa es atender a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como una opinión más (por venerable que sea) y otra muy distinta someterse a una jurisdicción superior cuyas sentencias, si bien carecen de efectos derogatorio o casatorio directos, son vinculantes (en los términos de los arts. 50 y 53 del Convenio) y pueden dar lugar a condenas pecuniarias. Precisamente este *aspecto institucional* de la adhesión suscita las mayores reticencias:

La manera «imaginativa» y «temeraria»⁴⁹ en que el Tribunal de Justicia logró levantar hacia finales de los 60 un sistema propio y autónomo de protección de derechos fundamentales (sobre bases tan vagas y endebles como las proporcionadas por los Tratados originarios) se vuelve actitud timorata cuando, en aras del perfeccionamiento de ese mismo sistema, se propone vincularlo a otro de ámbito internacional más amplio. Habiendo reconocido que, en abstracto, «la competencia de la Comunidad en materia de relaciones internacionales y su capacidad de concluir acuerdos (...) comporta necesariamente *la fa-*

⁴⁶ Desde la sentencia de 21 de septiembre de 1989, dictada en el caso HOECHST (asunto 46/87, Rec. p. 2859), el Tribunal de Justicia ha atribuido al Convenio —no sin vacilaciones— una «significación particular».

⁴⁷ Sobre este tema, véase en particular a D. RUIZ-JARABO, «Técnica jurídica de protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea», *RJE*, vol. 17, núm. 1, enero-abril de 1990; en especial, pp. 171 a 182.

⁴⁸ Véase la sentencia de 14 de mayo de 1974 dictada por el Tribunal en el caso NOLD III (asunto 4/73, Rec. 1974, p. 508).

⁴⁹ Epítetos utilizados por D. RUIZ-JARABO en *op. cit.*, p. 168.

cultad de someterse a una jurisdicción creada o designada en virtud de tales acuerdos»⁵⁰, el juez comunitario no parece, sin embargo, proclive a admitir íntegramente las consecuencias prácticas de ese principio.

En cuanto al segundo elemento, una *cierta desconfianza* por el rumbo que está tomando (y previsiblemente tomará) este sistema de Estrasburgo parece subyacer en el ánimo del juez comunitario. Temor de que los agudos y acelerados cambios en su estructura (con la masiva incorporación de los Estados de la Europa central y del Este, inclusive los de la C.E.I.) no degeneren en preocupantes cambios cualitativos, hasta rebajar significativamente los «standards» de protección delineados durante cuarenta años de labor jurisprudencial y cuasijurisprudencial. En efecto, el examen por parte de la Asamblea Parlamentaria y del Comité de Ministros de las últimas demandas de admisión al Consejo de Europa (examen del que están ausentes los criterios e instancias propiamente jurídicos) ha priorizado, como reconocen los propios órganos examinantes, la voluntad (a menudo presunta) de los Estados candidatos por encima de su efectiva capacidad para responder a las exigencias de la democracia liberal⁵¹.

Los beneficios a medio y largo plazo de esta generosa política, que atiende más a la actitud que a la *aptitud* para cumplir las condiciones de fondo del artículo 4 del Estatuto de Londres⁵², están aún por ver. A corto plazo dicha política redundará en un descrédito del Consejo de Europa como «club exigente de las democracias auténticas de Europa». A este respecto, el caso de Rusia deviene paradigmático.

El riesgo de ver la acción de la Comunidad fiscalizada por personas provenientes de tradiciones cuya vinculación sincera a los derechos humanos suscita dudas hizo, muy posiblemente, mella en el ánimo del Tribunal de Luxemburgo⁵³. Ese riesgo es, a fin de cuentas, el expresado diplomáticamente por el gobierno francés cuando en sus alegaciones hace hincapié en la poco amable perspectiva de que «... litigios relacionados con el Derecho comunitario se

⁵⁰ Dictamen 1/91 de 14 de diciembre (citado *supra*) que, curiosamente, también concluyó con la imposibilidad de someter a la Comunidad al órgano jurisdiccional inicialmente previsto para el Espacio Económico Europeo.

⁵¹ Sobre este tema, en general, véase a E. GELIN, «Les critères d'admission des nouveaux Etats indépendants au Conseil de l'Europe», *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 73e année, Quatrième trimestre 1996, pp. 339-367.

⁵² Tales condiciones (respeto por los derechos humanos y existencia de una democracia pluralista) fueron confirmadas —y ampliadas— por los Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros del Consejo de Europa en su Declaración de Viena de 9 de octubre de 1993.

⁵³ Aunque los miembros de la Comisión y del Tribunal de Estrasburgo actúen a título personal y con independencia plena, conviene recordar las importantes funciones que el Convenio, en el marco del actual sistema de protección, confiere (ex arts. 32 y 54) al intergubernamental Comité de Ministros.

vean sometidos a órganos del Convenio integrados por nacionales de Estados miembros del Consejo de Europa pero que no son miembros de la Comunidad»⁵⁴.

La reticencia a someterse al control de un órgano jurisdiccional extraño, y de cuya futura evolución se recela, parece, por tanto, haber pesado en la opinión desfavorable del Tribunal. Siendo comprensible esta actitud no parece, sin embargo, loable. «La Comunidad (ha escrito Wachsmann), tan fácilmente denunciada por los demagogos como la Europa de los mercaderes, rechaza (...) por el voto de su Tribunal de Justicia unirse institucionalmente a la Europa de los derechos humanos. Se nos permitirá deplorar este estado de cosas cuando bastaba tan poca audacia para llegar a un resultado inverso»⁵⁵. La sensación de desasosiego es aún mayor si se analizan los graves efectos, jurídicos y políticos, que la no adhesión puede conllevar a medio plazo. A esta cuestión dedicaremos la siguiente parte del estudio.

4. LAS POSIBLES CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DEL DICTAMEN

4.1 Una precisión obligada

Sería injusto negar que en la actualidad los derechos fundamentales son efectivamente protegidos en el ámbito de la Comunidad Europea. La ingente labor pretoriana desarrollada desde Luxemburgo en los últimos treinta años ha logrado poner en pie un notable mecanismo de protección por la vía de los *Principios Generales*. Nada caracteriza más ese sistema que su autonomía.

Autonomía, en primer término, inherente a las nociones mismas de «ordenamiento» y de «principios generales» (como fuente del Derecho). Como ha indicado D. Ruiz-Jarabo: «La existencia de Principios Generales del Derecho comunitario se impone, en definitiva, por su propia configuración como ordenamiento jurídico autónomo»⁵⁶.

Autonomía, en segundo lugar, respecto de los distintos Derechos nacionales; pues, siendo normas propias de un ordenamiento autónomo, no pueden ser confundidos con los Principios Generales de cada uno de los Derechos internos de los Estados miembros.

⁵⁴ Punto 2, sección VI, de la Solicitud de dictamen.

⁵⁵ P. WACHSMANN, *op. cit.*, p. 490.

⁵⁶ D. RUIZ-JARABO, *op. cit.*, p. 173.

Autonomía, por último, predicable del Tribunal de Justicia en cuanto a cómo y en qué grado debe basarse en el Convenio (o en cualquier otro instrumento internacional) a la hora de deducir y concretar tales principios. Incluso cuando ha subrayado la «particular significación» que aquél reviste, el juez comunitario lo ha hecho «con una autonomía de aplicación e interpretación que sorprendería si se perdiera de vista que se trata de una “fuente de inspiración” juzgada no vinculante para el Tribunal»⁵⁷. Según la línea jurisprudencial que parece ser dominante⁵⁸, el Convenio sólo ofrece «indicaciones» que «conviene» tener en cuenta. Con razón aclara el gobierno danés en sus alegaciones que «respetar el Convenio en virtud de un cierto tipo de *autolimitación* que se impone el Tribunal de Justicia es diferente de respetarlo en virtud de una obligación internacional»⁵⁹.

Vemos, por tanto, cómo los derechos fundamentales han entrado en la Comunidad a través de una puerta cuya llave sólo el juez comunitario posee y de la que libremente dispone, abriendo o cerrando la puerta según su leal saber y entender. El problema radica justamente en esa poco permeable, demasiado completa, autonomía.

4.2 Una autonomía absoluta no deseable

La teoría de los derechos humanos considera que esta materia, por afectar de modo directo a valores esenciales de la persona, debe ser primaria —pero no exclusivamente— protegida por los ordenamientos internos; y como tal ha de ser tomado, a estos efectos, el Derecho comunitario⁶⁰. Para su garantía más perfecta conviene que los derechos humanos traspasen fronteras nacionales (en este caso supranacionales) hasta caer bajo la jurisdicción de un órgano internacional que, si bien con carácter último y subsidiario, los tutele. Según señala el Parlamento Europeo en su Resolución: «Existirán *lagunas* en el sistema de protección de los derechos fundamentales mientras (la Comunidad) no se someta al mecanismo de control previsto por el Convenio (...), al igual que lo hacen sus Estados miembros»⁶¹.

⁵⁷ H. MONET, «La Communauté Européenne et la Convention Européenne des Droits de l'Homme», *Revue Trimestrelle des Droits de l'Homme*, 1994, p. 511 (en general, pp. 501-518).

⁵⁸ Véanse, en este sentido, las Sentencias dictadas en los casos ROYER (asunto 48/75, Rec. p. 507), WATSON y BELMANN (asunto 118/75, Rec. p. 1195) y WACHAUF (asunto 5/88, Rec.).

⁵⁹ Punto 4, sección V, de la Solicitud de dictamen.

⁶⁰ Esta asimilación, frente al sistema de Estrasburgo, del Derecho comunitario con los ordenamientos nacionales aparece en diversas partes de la Solicitud de dictamen. Véase, p. ej., el razonamiento del gobierno en el punto 1, sección VI.

⁶¹ Punto 4 de la Resolución de 18 de enero de 1994.

En realidad, la carencia en el sistema comunitario es doble pues tampoco existe, con carácter general, un recurso directo en favor del individuo (persona física o jurídica) que le permita reclamar ante el Tribunal de Justicia por violación de sus derechos fundamentales con ocasión de la aplicación de una norma comunitaria o de la actuación de alguna de sus Instituciones⁶².

Insuficiente desde el punto de vista interno, el mecanismo comunitario no se beneficia, tampoco, de las correcciones y salvaguardas que pudieran venirle del exterior. Ciertamente, cuesta entender por qué resulta prescindible para el Tribunal de Luxemburgo aquello que, en el caso de los distintos Tribunales Constitucionales, se ha revelado tan conveniente y fructífero. La experiencia nos muestra cómo incluso las más altas jurisdicciones nacionales han malinterpretado en ocasiones el Convenio; «aunque tal hipótesis sea improbable (se interroga J. P. Jacqué), ¿es abiertamente imposible que se produzca en la Comunidad?»⁶³.

4.3 El riesgo de inseguridad jurídica: la confusión intra e intersistemática

Es un lugar común admitir que el actual ordenamiento comunitario no constituye un modelo de racionalidad jurídica ni, por tanto, de accesibilidad y seguridad. Ello resulta especialmente grave tratándose de derechos fundamentales. Al tomar los Principios Generales del Derecho —de construcción puramente jurisprudencial— como vehículo para determinar qué derechos proteger y en qué medida, el Tribunal de Justicia ha elaborado un sistema flexible y abierto, pero también incierto. La ausencia de un catálogo propio que le vincule, unida a la negativa a integrar directamente las disposiciones materiales del Convenio, no parece ofrecer al justiciable la deseable seguridad

⁶² El *Informe Pintasilgo*, sensible a este defecto, prevé el establecimiento de un órgano judicial de apelación *ex novo* en el seno de la Comunidad ante el cual el ciudadano tendría «recurso especial» en caso de violación de sus derechos fundamentales (proposición XII y punto 3.b del resumen). Sigue así la vieja idea contenida ya en el *Informe Tindemans de 1976* «sobre la Unión Europea».

Obsérvese que la habilitación de este recurso, beneficioso en sí mismo, podría devenir necesaria incluso para el caso de la adhesión si el Tribunal de Estrasburgo —conforme a la interpretación evolutiva que hace del Convenio— considerase en el futuro que «el recurso efectivo» exigido por el art. 13 debe sustanciarse ante una instancia jurisdiccional y no (como ocurre en la actualidad) ante un órgano «imparcial» cualquiera (v.g. ejecutivo). Llegados a este punto, la Comunidad se vería expuesta a una condena sistemática en Estrasburgo por infringir el citado artículo.

⁶³ J. P. JACQUÉ, «Communauté Européenne et Convention Européenne des Droits de l'Homme», en *Europe et le Droit; mélanges en hommage à Jean Boulouis*, París, Dalloz, 1991, p. 340.

jurídica. Como ha subrayado J. P. Jacqué, las respuestas dadas por el Tribunal al problema de los derechos fundamentales parecen depender a veces de una «misteriosa alquimia»⁶⁴ que las hace difícilmente previsibles. La dificultad en saber «a priori» «qué» va a proteger el juez comunitario, e incluso «si» va a proteger efectivamente derechos humanos⁶⁵ puede sentirse como excesiva desde la perspectiva de una cultura jurídica —como la continental— eminentemente positivista. Ante ese confuso y asistemático panorama no es de extrañar que se levanten voces favorables a la codificación de un catálogo de derechos fundamentales en el ámbito de la Comunidad⁶⁶. Más allá del innegable componente político que un catálogo así encerraría, se trataría de una cuestión de racionalidad y, por ende, de seguridad jurídicas. Pero esa misma racionalidad se conseguiría con notable menor esfuerzo adheriéndose la Comunidad a un Convenio cuyo contenido es a la vez claro y progresivo⁶⁷. «Reinventar la rueda (ha observado D. Tarschys) es un ejercicio seductor para políticos y funcionarios celosos, que desean hacerlo todo por sí mismos. Pero, en este caso, la rueda (el Convenio) gira relativamente bien desde hace cuarenta y cinco años»⁶⁸.

A la confusión reinante dentro del sistema comunitario de protección de derechos fundamentales debe añadirse, además, la necesidad —no resuelta— de una coordinación entre dicho sistema y el establecido por el Convenio. Habida cuenta que nos encontramos con dos mecanismos regionales, ambos de protección efectiva, que comparten parcialmente sus respectivos ámbitos territorial, material y personal, el riesgo de tensión entre ellos persiste y aumenta (a medida que aumenta la actividad de origen comunitario que afecta a los derechos de la persona). La eventualidad, no deseable, de que —por obra de su libre y particular interpretación del Convenio— el Tribunal de Justicia llegue a sentencias contradictorias con las dictadas por el Tribunal sedente en Estrasburgo en casos idénticos o análogos ya ha sido señalada por el pro-

⁶⁴ J. P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 331.

⁶⁵ Así, por ejemplo, en su sentencia de 11 de julio de 1990 (asunto 326/88) dictada en el caso AN-KLAGEMYNDIGHEN c/ HANSEN y SON I/S la cuestión, claramente planteada por las partes, de si se había infringido o no el principio *nulla poena sine lege* (art. 7 del Convenio) no recibió respuesta alguna.

⁶⁶ Conviene recordar que la *Declaración del Parlamento Europeo* de 12 de abril de 1989 de «Derechos y Libertades Fundamentales» (DOCE núm. C 120 de 16 de mayo de 1989, p. 52) no constituye un documento vinculante.

⁶⁷ La necesidad de interpretar el Convenio como un «instrumento vivo» puede hallarse, entre otras, en las sentencias del TEDH de 13 de junio de 1979 (caso MARCKX, serie A, núm. 45).

⁶⁸ D. TARSCHYS, «La Unión Europea y los Derechos Humanos», *El País* de 19 de septiembre de 1995.



pio Parlamento Europeo⁶⁹. Desestimada, al menos a medio plazo, la adhesión, nuevas fórmulas de coordinación intersistemática —quizás el mecanismo de la cuestión prejudicial⁷⁰— habrán de ser estudiadas con objeto de dar cumplida ejecución en materia de derechos humanos a lo previsto en el art. 230 del Tratado de la CE, a cuyo tenor: «La Comunidad establecerá todo tipo de cooperación adecuada con el Consejo de Europa».

4.4 La eventual responsabilidad del Estado por la ejecución de una decisión o la aplicación de una norma provenientes de las Instituciones Comunitarias: una cuestión abierta y en precario

Es sabido que hasta la fecha todos los asuntos relativos a actos de la Comunidad o a la aplicación directa de normas Comunitarias llevados ante los órganos de protección de Estrasburgo han sido declarados inadmisibles; pero no todos lo han sido ni por la misma razón ni con la misma contundencia. Como ha observado P. Apraxine⁷¹ —y según parecen entender también la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos—, a la particular cuestión de la responsabilidad de los Estados respecto del Convenio deben aplicarse los principios generales que rigen la responsabilidad internacional. Desde este orden de ideas cabe distinguir dos supuestos genéricos: actos atribuibles exclusivamente a las Instituciones Comunitarias y actos en los que —de algún modo y medida— participan los Estados miembros.

Respecto de los primeros, rige el principio de que un Estado no puede ser tenido por responsable de las actuaciones de una Organización Internacional por el simple hecho de que éstas se desarrollen en su territorio. Precisamente la personalidad jurídica de la Organización —y la responsabilidad que le es propia— excluyen la responsabilidad (incluso colectiva o solidaria) de los Estados miembros. Éste ha sido el criterio retenido y confirmado por la Comisión Eu-

⁶⁹ El conflicto aparece, p. ej., en el Informe de 12 de abril de 1995 (caso C/ FRANCIA), en el que la Comisión Europea de Derechos Humanos estimó que el principio de legalidad de los delitos y faltas (art. 7 del Convenio) había sido infringido en un caso en el que Francia se atrincheraba precisamente tras la jurisprudencia de Luxemburgo relativa a la definición de «medicamento» para justificar una condena por «ejercicio ilegal de la farmacia» (Demanda n.º 17.862/91, Europa, 1995, n.º 429).

⁷⁰ Sobre la posibilidad de proveer una cuestión prejudicial en doble sentido entre ambos tribunales, véase, en particular A. G. CHUECA SANCHO, *op. cit.*, pp. 369-373.

⁷¹ P. APRAXINE, «Violation des droits de l'homme par une organisation internationale et responsabilité des Etats au regard de la convention Européenne», *Revue Trimestrelle des Droits de l'Homme*, 1995, pp. 13-32.

ropea de Derechos Humanos desde su Decisión de 10 de junio de 1958 inadmitiendo una demanda relativa a la Corte Suprema de Restituciones⁷². Criterio igualmente taxativo en lo tocante a actos exclusivamente imputables a cualquiera de las Instituciones Comunitarias, ya se trate del Consejo de Ministros, de la Comisión, del Parlamento Europeo o del Tribunal de Justicia: Visto que la Comunidad en cuanto tal no es parte en el Convenio, la Comisión de Estrasburgo se ha considerado incompetente *ratione personae* (art. 25.1.º del mismo) para conocer del asunto⁷³. Sin embargo, la cuestión no es tan evidente cuando antes, durante o después del acto presuntamente vulnerados de derechos se halla cierta participación del Estado.

Dentro de este segundo supuesto cabe incluir tres casos en los que la violación de derechos humanos por una Organización Internacional sí generaría la responsabilidad del Estado miembro:

1.º Cuando la adhesión del Estado a esa Organización era a todas luces incompatible con el respeto de los derechos humanos exigido por el Convenio y aquél incumplió, por tanto, de modo evidente su deber de prevención.

2.º Cuando, con ocasión de la actuación en su territorio de una Organización Internacional, el Estado falta —por acción u omisión— a su obligación de vigilancia.

3.º Y finalmente (supuesto que más nos interesa tratándose de la Comunidad) cuando un acto imputable al Estado hace posible que se consume la vulneración de derechos fundamentales, ya sea ejecutando un acto o aplicando una norma de origen comunitario.

Cabe entender que en este último caso el riesgo —y grado— de responsabilidad del Estado será tanto mayor cuanto mayor sea el margen de apreciación o maniobra que se le atribuye: Máximo cuando se trate de la transposición de una directiva; menor al tratarse de la aplicación de un reglamento; problemático cuando no haga sino ejecutar una decisión de la Comisión Europea o una sentencia del Tribunal de Justicia.

Pero aún en este supuesto extremo la responsabilidad del Estado no queda, ni mucho menos, excluida. En su Decisión de 9 de febrero de 1990⁷⁴ la Co-

⁷² Demanda núm. 235/56; véase la Decisión en el Anuario de la Convención 1958-1959, p. 257.

⁷³ Decisión sobre el caso de la CFDT (demanda núm. 8.030/77) de 10 de julio de 1978.

⁷⁴ Decisión sobre el caso M y Co. c/RFA (demanda núm. 1.328/87) de 9 de febrero de 1990. Para un comentario y recensión de la misma, véase F. RIGAUX, *Revue Trimestrelle des Droits de l'Homme*, juillet 1991, núm. 7, pp. 395 a 402.

misión sedente en Estrasburgo ha sentado al respecto dos principios de imprevisibles consecuencias: 1.º «En virtud del artículo 1 de la Convención, los Estados miembros son responsables de todos los actos y omisiones de sus órganos internos que hubieran violado la Convención, ya fuera el acto u omisión en cuestión efectuado en aplicación del Derecho o reglamentos internos o de obligaciones internacionales». 2.º «La transferencia de poderes a una Organización Internacional (léase, la Comunidad) no es incompatible con la Convención (...) a condición de que en esa Organización los derechos fundamentales reciban una protección equivalente»⁷⁵. En otras palabras, que no es de recibo que Estados partes en el Convenio escapen a los mecanismos de control creados por éste mediante el expediente de transferir derechos soberanos a una entidad tercera. Establecidos estos dos principios, la Comisión y el Tribunal de Estrasburgo formulan la doctrina que P. Apraxine ha llamado de la «aplicabilidad indirecta» o «efecto atenuado» del Convenio⁷⁶. Es decir, que —tratándose de una acción estatal subsiguiente a la infracción de un derecho fundamental por parte de alguna Institución Comunitaria— la violación deberá ser «flagrante» para comprometer la responsabilidad del Estado⁷⁷. Si no se da esa «evidencia» el criterio es el de declarar inadmisibile la demanda *ratione materiae* pero no *ratione personae* (pues se tiene al Estado por legítimamente demandado). A *sensu contrario*, aunque el origen de la conculcación haya tenido lugar en un ordenamiento jurídico en principio ajeno al Convenio, si ha habido cooperación del Estado y la violación es flagrante, en Estrasburgo se tendrá a este último por responsable, por más que alegue obrar en cumplimiento de una obligación internacional⁷⁸.

La hasta ahora prudente y comedida doctrina sentada desde Estrasburgo con relación a la Comunidad y a sus Estados miembros no debe ser tomada, en expresión afortunada de J. P. Jacqué, como «un cheque en blanco general»⁷⁹.

⁷⁵ La prohibición para un Estado de violar obligaciones dimanantes de un tratado anterior adheriéndose a otros nuevos está claramente establecida en el Derecho Internacional. Así, en el art. 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

⁷⁶ P. APRAXINE, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁷ El criterio de la flagrancia es confirmado por el Tribunal de Estrasburgo en su sentencia de 26 de junio de 1992 (caso DROZD y JANOUSEK), párrafo 110 *in fine* al declarar que «los Estados contratantes deben, no obstante, evitar aportar su concurso cuando parezca que la condena (estaba en juego el art. 6) resulta de una *denegación de justicia flagrante*».

⁷⁸ Así, en su Decisión de 10 de febrero de 1994 (HEINZ c/ LAS PARTES CONTRATANTES EN LA CONVENCIÓN EUROPEA DE LA PATENTE) la CEDH inadmitió *ratione materiae* la demanda sólo tras haber constatado que los derechos fundamentales eran suficientemente garantizados en los procedimientos instruidos por la Oficina Europea de Patentes.

⁷⁹ J. P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 339.

En efecto, nada impide a la Comisión Europea de Derechos Humanos acoger en otras hipótesis las demandas y examinarlas hasta el fondo; sobre todo si llegara a considerar insuficiente (por no «equivalente») el grado de protección ofrecido por el Tribunal de Luxemburgo. La actual inmunidad del Derecho comunitario respecto de Estrasburgo es, por tanto, relativa y precaria. ¿Cuál sería el sentir de los Estados miembros si pasado mañana se viesan condenados internacionalmente por actos de los que no son autores directos? ¿Cuál sería, en especial, la reacción de sus respectivos Tribunales Constitucionales, tan celosos del respeto por los derechos fundamentales en —pero también *frente a*— el Derecho comunitario? Esta segunda cuestión merece una una reflexión detenida.

4.5 ¿Una nueva rebelión de los Tribunales Constitucionales en defensa de los derechos fundamentales?

Sostiene D. Ruiz-Jarabo que: «Según un postulado axiomático de la teoría de los derechos fundamentales, la transferencia de poderes soberanos efectuada por los Estados miembros a las Comunidades no puede entrañar una disminución del nivel de protección de los derechos humanos que garantizan los sistemas constitucionales nacionales»⁸⁰. Los Tribunales Constitucionales hicieron valer en el pasado ese axioma —poniendo incluso en jaque la primacía y aplicación uniforme del Derecho comunitario— y nada indica que no pudieran hacerlo de nuevo en caso de verlo amenazado.

Es sabido que en la década de los 70 el *Tribunal Constitucional alemán* no dudó en levantar los derechos básicos reconocidos por la Ley Fundamental de Bonn como límite infranqueable para las normas comunitarias; reservándose el ejercicio del control de constitucionalidad sobre los actos derivados de ese ordenamiento que pudieran ser lesivos de tales derechos. Sólo en 1986, tras su sentencia en el caso SOLANGE II, reconoció haberse alcanzado en el ámbito comunitario un nivel de protección de los derechos humanos sustancialmente equivalente al garantizado por la Constitución federal. «En tanto ese nivel de protección continúe siendo asegurado con carácter general por el Tribunal de Justicia de la Comunidad (ha matizado su actual presidente), el Tribunal Constitucional Federal se abstendrá de ejercer jurisdicción en relación con la compatibilidad de los actos comunitarios con los derechos fundamentales consti-

⁸⁰ D. RUIZ-JARABO, *op. cit.*, p. 165.

tucionalmente protegidos»⁸¹. Nótese que quien ha variado su posición respecto a la necesaria protección de estos derechos ha sido Luxemburgo y no Karlsruhe. Este último sigue sosteniendo, desde una perspectiva jurídico-material, la sumisión del Derecho comunitario derivado a las exigencias constitucionales, aunque haya accedido a «congelarla» procesalmente.

En *el caso italiano*, después de haber identificado su Alto Tribunal como eventuales límites a la eficacia de las normas comunitarias los «principios fundamentales del ordenamiento constitucional» y los «derechos inalienables de la persona humana», quiso poner de relieve el carácter «hipotético e improbable» de una contradicción así, que entrañaría una «interpretación aberrante» de las normas comunitarias⁸². Sin embargo, en su posterior sentencia en el caso FRAGD matizó que: «Esto no significa que este Tribunal (italiano) pueda quedar privado de su competencia para verificar, a través del control de constitucionalidad de la ley de ejecución, si cualquier norma del tratado (de la CEE), tal como es interpretada y aplicada por las Instituciones y por los órganos comunitarios, no es contraria a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o no lesione derechos inalienables de la persona humana»⁸³. Se produce, como ha indicado Rodríguez Iglesias, un significativo desplazamiento: «Lo que es sumamente improbable no deja de ser, sin embargo, posible»⁸⁴.

Similar enfoque de la tutela de los derechos fundamentales con respecto al ordenamiento comunitario parece haber adoptado el *Tribunal Constitucional español*. Así, en el Fundamento Jurídico 4 de su sentencia de 22 de marzo de 1991 puede leerse como: «En la medida en que se *impugne* en amparo un acto del poder público (interno) que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal *pretensión* corresponde a esta *jurisdicción* constitucional, con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario»⁸⁵. Dado el carácter genuinamente procesal de los términos utilizados parece que el Tribunal está aludiendo, en la línea germana e italiana, a la posibilidad de controlar por la vía del recurso de amparo la conformidad de las normas comunitarias con los derechos humanos

⁸¹ G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «Tribunales Constitucionales y Derecho Comunitario», *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: Estudios en Homenaje al Profesor Díez de Velasco*, ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 1192.

⁸² Sentencia de 27 de diciembre de 1973 en el caso FRONTINI.

⁸³ Sentencia de 22 de mayo de 1989 en el caso FRAGD.

⁸⁴ G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *op. cit.*, p. 1195.

⁸⁵ Sentencia 64/1991 de 22 de marzo.

constitucionalmente reconocidos. Habida cuenta de que en nuestro caso particular —por imperativo del art. 10.2.º de la Constitución— tales derechos deben ser interpretados de conformidad con «los tratados y acuerdos internacionales (...) ratificados (por España) —y, por ende, con la doctrina sentada por los órganos convencionales de protección—, una condena en Estrasburgo por aplicar normas o decisiones comunitarias tendría efectos especialmente nocivos para la primacía y autonomía del ordenamiento comunitario.

Como gráficamente ha señalado J. P. Jacqué, esta reserva mantenida por diversos tribunales constitucionales en materia de derechos humanos es una «espada de Damocles»⁸⁶ que sigue pendiendo encima del Derecho comunitario. ¿Es acaso descabellado predecir que estos tribunales reactivarán su hoy invernado control de constitucionalidad sobre tal ordenamiento en el caso —posible— de que sus respectivos Estados resultasen condenados por el mero hecho de aplicarlo?

5. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA INEVITABLE PÉRDIDA DE CREDIBILIDAD, INTERNA Y EXTERNA, DE LA CE COMO PALADÍN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Tras el desfavorable dictamen del Tribunal de Justicia, se nos permitirá cuestionar el que la protección efectiva de los derechos humanos se haya convertido verdaderamente «pieza fuerte de la integración europea», «signo de identidad de las propias Comunidades»⁸⁷. Si el Parlamento Europeo había planteado la adhesión como una «exigencia de legitimidad democrática» en el seno de las Instituciones Comunitarias⁸⁸, una «prueba de madurez» de éstas⁸⁹, va de suyo lo que pueda deducirse de la negativa emitida por el juez comunitario.

Al no extraer las pertinentes consecuencias jurídicas de sus declaraciones políticas⁹⁰ en un tema tan sensible al individuo como éste, la Unión no sólo se desacredita internamente (frente a su ciudadanía) sino también respecto de terceros Estados, y en especial de los antaño pertenecientes al bloque socialista y hoy inmersos en procesos de transición democrática y de integración en la

⁸⁶ J. P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 325.

⁸⁷ Expresiones, ambas, tomadas de D. RUIZ-JARABO, *op. cit.*, pp. 160 y 161.

⁸⁸ Letra C de su Resolución de 18 de enero de 1994.

⁸⁹ Punto 5 de la Resolución *supra*.

⁹⁰ En su Declaración de 29 de junio de 1991, el Consejo Europeo reunido en Luxemburgo volvía a subrayar la importancia de la Convención en la protección de los derechos humanos. *Bulletin CE* 6/1991, núm. 145.

arquitectura europea. Como temiera Pipkorn, «la Comunidad se comporta como un guía que no toma el camino que indica a los demás»⁹¹. Ello es particularmente grave en un momento en que, dada la actual composición del Consejo de Europa (40 Estados) y la laxitud de criterio que amenaza a su buen funcionamiento, la presencia de la Comunidad como tal en el sistema convencional —lejos de suponer ya un riesgo de «comunitarización»⁹²— habría colocado en su pelotón de cabeza a un grupo cohesionado de 15 Estados capaz de garantizar y elevar los actuales «standards» de protección.

La adhesión no sólo era necesaria para la Comunidad sino que resultaba además muy conveniente para el Consejo de Europa y sus miembros más jóvenes: «asegararía (ha escrito P. Twomey) una aplicación más uniforme y efectiva de la Convención en los Estados de Europa del Este»⁹³, cuyo objetivo último es el ingreso en la Unión. Fuertemente amarrada al Convenio, ésta habría coadyuvado a asegurar una protección uniforme, y a la vez cualitativamente exigente, de los derechos humanos a nivel europeo. Es posible que en su reflexión el juez comunitario no haya reparado en ese componente de solidaridad —política y jurídica— que la adhesión conllevaba. Es posible que no le correspondiera a él hacer tal reflexión. Pero, obrando así, ha ahondado en lo que Rolv Ryssdal agudamente llamó «una Europa de los derechos humanos a dos velocidades»⁹⁴, con todos sus riesgos e inconvenientes. Nadie duda de la buena fe del Tribunal pero sí de las consecuencias de su dictamen. Como ya advirtiera Vaclav Havel: «No es la buena voluntad lo que le falta a Occidente, sino (...) el coraje y la imaginación política»⁹⁵.



⁹¹ J. PIPKORN, *op. cit.*, p. 236.

⁹² Ese riesgo de «comunitarización» era considerable hace diez años cuando la «ratio» en el seno del Consejo de Europa era de 12 Estados comunitarios sobre un total de 20 miembros. Véase A. G. CHUECA SANCHO, *op. cit.*, p. 335.

⁹³ P. M. TWOMEY, «The European Union: Three Pillars without a Human Rights Foundation», *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Edited by David O'Keeffe and Patrick M. Twomey, Wiley Chancery Law, 1994, p. 127.

⁹⁴ D. TARSCHYS, *op. cit.*

⁹⁵ Tomado de E. GELIN, *op. cit.*, p. 346.